



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

### **GRADO EN DERECHO**

**Derecho Privado**

**Derecho Civil**

**Curso 2014/2015**

### **LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

**Marco Aurelio Vicente Gómez**

**Tutor: Eugenio Llamas Pombo**

**Junio                      2015**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Derecho Privado**

**Derecho Civil**

**LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH  
Y WRONGFUL LIFE EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO  
ESPAÑOL**

**WRONGFUL BIRTH AND  
WRONGFUL LIFE ACTIONS IN THE  
SPANISH LEGAL SYSTEM**

**Marco Aurelio Vicente Gómez**  
**marcoaurelio@usal.es**

**Tutor: Eugenio Llamas Pombo**

## RESUMEN (15 líneas)

La responsabilidad civil médica derivada de diagnósticos deficientes o viciados dados por los profesionales sanitarios, se presenta como uno de los más llamativos casos, originados por actividades médicas especialmente problemáticas o controvertidas. Nos referimos a las denominadas *wrongful birth action* ("demanda por nacimiento erróneo"), y *wrongful life action* ("demanda por vida errónea"). En la primera de ellas, son los propios progenitores los que interponen la demanda en los Tribunales, ya que no se les informó que su hijo nacería con graves deformidades u otras anomalías psíquicas. Sin embargo, en las acciones *wrongful life*, son los propios niños, nacidos con tales "taras", los que accionan en contra de los profesionales médicos; si bien es cierto que, en la inmensa mayoría de los casos, son sus padres los que demandan, en su nombre y representación. Aunque en nuestro país, Tribunales y Doctrina continúan mostrándose reacios a admitir la aceptabilidad total de estas acciones (sobre todo a la *wrongful life*, pues en lo que a la *wrongful birth* respecta, se manifiestan algo más proclives a que tenga cabida), en estos momentos están comenzando a calar dichas demandas en la mentalidad de profesionales médicos en general, y padres en particular.

**PALABRAS CLAVE** (entre 3 y 6): Responsabilidad, wrongful, birth, life, médico, sanitario.

## ABSTRACT

The medical civil liability for inadequate or ruined diagnoses given by health professionals, is shown as one of the most striking cases, resulting from especially problematic or controversial medical activities. We refer to the so-called wrongful birth action ("claim for wrong birth"), and wrongful life action ("claim for wrong life"). In the first one, parents themselves are the ones who file the lawsuit in courts, since they were not informed that their son would be born with serious malformations or other mental handicaps. However, in the wrongful life actions, the children born with such "defects", are the ones who go against health professionals; although it's true that, in the vast majority of the cases, the parents are who claim on their behalf. Despite that in our country Courts and Doctrine continue being reluctant to admit the overall acceptability of these actions (especially the wrongful life, because concerning the wrongful birth they show more inclined that it must have a place in), currently these claims are beginning to soak in the mentality of medical professionals in general, and parents in particular.

**KEYWORDS:** Liability, wrongful, birth, life, health professionals.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1
PRIMERA PARTE: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO.....	6
1. Aspectos preliminares y precisiones terminológicas.....	6
1.1. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?.....	7
1.2. ¿Obligación de medios o de resultado?.....	9
2. El criterio de imputación de responsabilidad. La culpa médica.....	9
3. <i>Lex Artis</i> y deberes médicos. Especial mención al consentimiento informado.....	12
4. Derechos del paciente.....	13
SEGUNDA PARTE: LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	15
1. Breve Introducción y precisiones conceptuales.....	15
2. Criterio de imputabilidad.....	17
3. Nexo causal.....	19
3.1. Carga de la prueba.....	19
3.2. Interrupción del nexo causal.....	20
3.2.1. Caso fortuito y fuerza mayor.....	21
3.2.2. Culpa de la víctima.....	22
4. Identificación del daño según el bien jurídico dañado.....	22
5. Análisis del contexto jurisprudencial español. Especial referencia a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003.....	25
6. Fundamento de las <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life actions</i> .....	28
TERCERA PARTE: CUESTIONES CONEXAS AL FENÓMENO DE LAS DEMANDAS POR <i>WRONGFUL BIRTH</i> Y <i>WRONGFUL LIFE</i> .....	30
1. Acogimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de las mismas en el Derecho comparado.....	30
1.1. Estados Unidos. Especial referencia.....	31
1.2. Gran Bretaña.....	32
1.3. Italia.....	32
1.4. Alemania.....	33
1.5. Portugal.....	33
1.6. Francia. El caso <i>Arrêt Perruche</i> y sus consecuencias.....	33
2. La situación española.....	34
3. Argumentos extrajurídicos a favor o en contra de estas acciones.....	35
3.1. Argumentos extrajurídicos a favor.....	36
3.2. Argumentos extrajurídicos en contra.....	36

CUARTA PARTE: LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	38
1. Función dentro de la Responsabilidad Civil.....	38
2. Principales vías y formas de reparación del daño.....	38
3. Vías Procesales de reclamación y jurisdicción competente.....	40
4. Prescripción de la Acción.....	40
5. El Seguro de Responsabilidad Civil.....	41
CONCLUSIONES.....	42
ANEXO 1- ÍNDICE SISTEMÁTICO DE LAS SENTENCIAS CITADAS	
ANEXO 2- ÍNDICE DE LEGISLACIÓN UTILIZADA	
BIBLIOGRAFÍA	

## INTRODUCCIÓN

No es descabellado afirmar que la Responsabilidad Civil constituye uno de los pilares de cualquier ordenamiento jurídico moderno. No en vano, en la actualidad, buena parte del total de las demandas que se plantean al año, tanto en tribunales españoles como en tribunales extranjeros, tienen su origen en este tipo de responsabilidad. Ello ha sido destacado por buena parte de la Doctrina<sup>1</sup>. Uno de los ámbitos dónde dicho aumento se manifiesta con mayor claridad es la responsabilidad médica. Ello se me antojó como un excelente pretexto a la hora de solicitar el tema sobre el que poder dedicar mi trabajo de fin de grado.

Y es que, la responsabilidad civil en general, se basa siempre en buscar reparar un daño causado. Por esta razón, se ha visto rebautizado modernamente con el nombre de “Derecho de daños”. Por tanto, la finalidad principal es resarcir un daño que se ha causado a un tercero, esto es, hacer que una persona que ha sufrido un daño, vuelva a estar en la misma posición que tenía antes de percibir ese daño concreto. Esta restitución se consigue por medio de una indemnización, que deberá abonar quién causa el daño a quién lo ha sufrido.

Existe, no obstante, una reclamación por parte de ciertos sectores doctrinales de que sea la responsabilidad civil la que cumpla también una función inhibitoria, es decir, que a través de ella se trate ya no sólo de reparar o indemnizar los daños que se causen, sino que de algún modo se trate también de prevenir esos daños. Sin embargo, es una postura criticable, pues este tipo de responsabilidad, actúa una vez que el daño se ha producido el acto dañoso y su principal propósito no es otro que reparar el daño causado. De esta forma lo han venido manifestando autores como OSSORIO SERRANO<sup>2</sup>. Ello no quiere decir que tanto el Derecho Civil en general como el Derecho de Daños en particular, no puedan tener una función preventiva. Ambos deben

---

<sup>1</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005 (“las demandas de responsabilidad presentadas ante los tribunales civiles y contencioso-administrativos ocupan, sin duda, uno de los primeros puestos en el índice de conflictividad”), cit., pág. 36. También por DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1978 (“La incomparable frecuencia con que los Tribunales conocen de reclamaciones cuyo argumento central es que alguien ha causado daño a otro es testimonio del protagonismo alcanzado por este sector del ordenamiento privado”), cit., pág. 8.

<sup>2</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

pretender, ayudar y fomentar la prevención de la causación de daños, pero eso no quiere decir de manera tajante que la responsabilidad civil sea una institución llamada a ello.

Los argumentos que avalan el “prevenir antes que curar” son numerosos. Parece adecuado asumir en cierto modo esa naciente doctrina general de la tutela inhibitoria del daño, puesto que cada vez se trata de desplazar más y más el Derecho de Daños hacia la protección de las víctimas. Ejemplo de ello son los seguros de responsabilidad civil, a los que dedicaremos el último epígrafe de este trabajo.

Dentro de la responsabilidad civil, el tema en el que se encuadra el objeto de análisis de estas líneas, es la responsabilidad civil profesional, y concretando aún más, la responsabilidad sanitaria, más conocida como “responsabilidad civil del médico”<sup>3</sup>. En la relación médico-paciente, subsiste un arrendamiento de servicios. La actuación del médico para con el paciente deberá valorarse a la hora de determinar si existe o no responsabilidad. La diligencia profesional será la vara de medir a la hora de determinar la existencia de la anterior, y el criterio por el que se rige esta diligencia se encuentra contenido en la *Lex Artis* del profesional médico, donde tienen su acogimiento los deberes médicos, teniendo siempre en cuenta el contexto temporal y espacial de que se trate cada caso concreto.

Deberes que se han venido concibiendo tradicionalmente como de contenido ético de la profesión médica pero que se han configurado como verdaderos deberes u obligaciones jurídicas<sup>4</sup>. Los numerosos Códigos Deontológicos han venido recogiendo, más o menos sistemáticamente, estos deberes médicos<sup>5</sup>.

Es conveniente reseñar llegados a este punto, aunque a lo largo de estas páginas se analizará la cuestión con un mayor detenimiento, que no es la misma la responsabilidad que se le exige a un médico que se encuentra actuando en su casa que a otro que se encuentra en un hospital, que tiene todos los medios posibles a su entera disposición. Por este motivo, el encuadre de la actividad de los profesionales sanitarios radica en el ámbito del arrendamiento de servicios; pero la ciencia médica tiene ciertas limitaciones, sobre todo en la medicina curativa y asistencial.

---

<sup>3</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

<sup>4</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, cit., pág. 43.

<sup>5</sup> Además de los códigos deontológicos españoles, destacar el Código ético de la Asociación Mundial Médica o “Declaración de Helsinki”, de 1964; el Código Internacional de Núremberg, de 1947; la Declaración del Comité Permanente de Médicos de la CEE de 1967; la Declaración de Sidney de 1968; la Declaración de Oslo de 1970, etc.

Más dudas se han planteado en relación con los supuestos de medicina voluntaria, también llamada satisfactiva. Nos referimos sobre todo a los supuestos de cirugía estética, pues se ha planteado si realmente se sigue aquí el contrato de arrendamiento de servicios, ya que quién llega a la consulta no es un paciente enfermo, sino una persona totalmente sana cuya única pretensión es mejorar su aspecto físico u obtener algún otro beneficio que nada tiene que ver con la salud. Ejemplo de ello son las típicas rinoplastias, un aumento de pechos, una vasectomía, o (entre otros muchos que podrían citarse), tratamientos odontológicos para mejorar el aspecto dental o bucal.

Hay una tendencia del Tribunal Supremo de considerar tales supuestos como una fórmula híbrida del arrendamiento de servicios, de tal manera que así como en el ámbito de la medicina asistencial o curativa nos encontramos dentro de una responsabilidad subjetiva exigiéndose por tanto culpa o negligencia del personal sanitario, en el ámbito de la medicina satisfactiva, estaríamos ante una responsabilidad objetiva en la que el médico debería responder siempre que no se llegue a la consecución del resultado.

Actividades médicas especialmente problemáticas a parte<sup>6</sup>, dentro del tema de la responsabilidad civil del médico, he creído conveniente centrar el trabajo refiriéndome a las denominadas *wrongful birth* y *wrongful life actions*, que son, sin ánimo de ser exhaustivos, demandas judiciales, de carácter civil, planteadas debido a un nacimiento con discapacidad: niño con deformidades, taras físicas y/o psíquicas o algún otro tipo de deficiencia. Estas demandas suelen interponerse, contra el Hospital y/o el facultativo que atendió a la madre que dio a luz al bebé con alguno de estos problemas, debido a que los anteriores no cumplieron de forma adecuada o bien, omitieron información a la madre sobre la existencia de deficiencias graves en el feto, ya que, de haber sido conocidas, le habrían dado la posibilidad de interrumpir el embarazo, atendiendo por supuesto a los requisitos legalmente previstos en nuestro país<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Expresión traída de *Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, LLAMAS POMBO, Eugenio, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014. Dentro de estas actividades controvertidas *per se*, podrían destacarse ejemplos como la anestesiología, la cirugía plástica, la psiquiatría, o la eutanasia.

<sup>7</sup> Artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, relativo a la interrupción por causas médicas: Establece que con carácter excepcional podrá interrumpirse por causas médicas el embarazo siempre que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, o bien exista riesgo de graves anomalías en el feto (y así conste en dictamen médico emitido con anterioridad).



En palabras de la abogada doctorada en Derecho ROMERO COLOMA<sup>8</sup>, estas demandas, constituyen uno de los temas más complejos que en la actualidad tiene planteado el Derecho de familia, y en general el Derecho de la persona.

En muchas de las ocasiones, el estudio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life actions*<sup>9</sup>, ha ido acompañado de un enfoque moral o ideológico. Este hecho, ha sesgado en cierta medida los resultados de muchos de los escritos. Por este motivo, a lo largo del trabajo se pretende analizar el tema desde una perspectiva lo más jurídica posible.

Una pregunta recurrente a la que han tratado de contestar notables personalidades de la Doctrina es si estas acciones, tan peculiares y relativamente modernas, tienen o no cabida en nuestro ordenamiento jurídico, Para dar respuesta a este interrogante, han de analizarse pormenorizadamente los elementos típicos comunes a toda responsabilidad civil, esto es, el daño el nexo causal, etcétera.

El nacimiento de un niño afectado por graves enfermedades, defectos psíquicos o algún tipo de deformidad física, ha sido la razón por la que desde hace unos años se han venido planteando ante los Tribunales estas demandas, las cuales tienen unas características propias. En ellas, al menos *a priori*, surge la posibilidad de considerar la vida como un verdadero daño. El tema no está exento de polémica, de la misma manera que tampoco faltan defensores y detractores de estas demandas *sui generis*, aunque, los últimos son los más numerosos. Y es que, ciertamente, la opinión doctrinal mayoritaria es reacia a abogar por un acogimiento total de las mismas por el ordenamiento jurídico español, sobre todo en lo que a las *wrongful life* se refiere, en las que es el propio niño, - representado normalmente por sus padres-, afectado por anomalías genéticas u otras taras, el que solicita una indemnización alegando el mero hecho de haber venido al mundo. Por otro lado, en las *wrongful birth action*, son los padres de la criatura los que reclaman una compensación por no haber recibido en su momento la información necesaria con el fin de poder optar entre tener el hijo o abortar.

---

<sup>8</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)*, publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 722, versión *on line*, págs. 2559 a 2608.

<sup>9</sup>Se trata de dos anglicismos que, según el trabajo llevado a cabo por ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, en *El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful birth y wrongful life*, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 49-mayo 2004, pág.5, podrían traducirse como “acción por nacimiento erróneo” (*wrongful birth action*), y “acción por vida errónea” (*wrongful life action*).

Para cerrar esta breve introducción, señalar que el cuarto y último capítulo de este trabajo, se referirá a la reparación del daño. De manera breve y sencilla, se explicarán los diferentes modos y vías de reparación del daño causado, ya sea como consecuencia del nacimiento de un niño con malformaciones o cualquier otro tipo de daño derivado de una mala praxis médica y se analizará someramente, como ya se indicó con anterioridad, el seguro de responsabilidad civil.

## **PRIMERA PARTE: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MÉDICO SANITARIO**

### **1. ASPECTOS PRELIMINARES Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS**

Según ULPIANO, uno de los juristas más renombrados de la etapa clásica del Derecho Romano, los tres preceptos fundamentales del Derecho son: vivir honradamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo<sup>10</sup>. Aunque de entrada pueda parecer anacrónico o desfasado citar a un jurista de hace casi mil ochocientos años, no es así. Nada más lejos de la realidad. Los tres preceptos se encuentran de suma actualidad y resulta práctico traerlos a colación en el tema que nos ocupa. Según autores destacados de la doctrina española, como DE ÁNGEL YAGÜEZ, toda la existencia del hombre se halla gobernada por la regla del *alterum non laedere* o no dañar al prójimo<sup>11</sup>.

En la actualidad, en el derecho civil español, la base del concepto legal de responsabilidad viene marcado por el famoso artículo 1902 del Código Civil<sup>12</sup> (en adelante “CC”), y por la marcada jurisprudencia, que irá citándose a lo largo de este trabajo. Existe a menudo sin embargo, a pesar del tenor literal del citado precepto, la obligación de indemnizar los daños ocasionados aunque no sean resultado del descuido o de la poca pericia del que debe responder. Ello es muy importante en el sector de la responsabilidad sanitaria.

Pero antes de adentrarnos de lleno en el prolijo sector médico, llevaremos a cabo una serie de puntualizaciones.

Para empezar, destacar que los hechos o elementos que dan o pueden dar lugar a responsabilidad son: la responsabilidad civil por hecho propio, en la que se basará la práctica totalidad de estas páginas, basada en el mencionado art. 1902; la responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903 CC), por la que responden por ejemplo padres o tutores respecto de sus hijos; y la responsabilidad civil objetiva o sin culpa (arts. 1903 a 1910 CC), derivada de animales, de árboles, de objetos que se caen o arrojan desde edificios, etcétera.

---

<sup>10</sup> JUSTINIANO, *Instituta*, Libro I, 1, 3.

<sup>11</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

<sup>12</sup> Art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Apuntar también que los requisitos o elementos comunes a toda responsabilidad son: la antijuricidad de la conducta, el daño causado, la relación o nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño producido y factores de atribución.

### **1.1. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?**

Como apuntábamos con anterioridad, que el autor del daño responda de él es una constante histórica. Podríamos remontarnos incluso a la Ley del Talió<sup>13</sup>. Pero no es el fin de este trabajo realizar un estudio histórico sobre el origen y evolución de la responsabilidad. Así pues, modernamente, se han erigido como los dos grandes grupos de actos dañosos: 1- Los que consisten en incumplir un pacto (RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL). 2- Los producidos en el desarrollo de cualquier actividad humana y al margen de relaciones jurídicas previas entre el que daña y el que sufre el daño (RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL). Someramente, soslayar en este punto la variedad terminológica que existe respecto de esta última dentro de la doctrina<sup>14</sup>. A esta responsabilidad al margen de contratos, otros autores se refieren cómo responsabilidad civil o, volviendo al *Ius privatum* romano, “responsabilidad aquiliana”, término que aún hoy se sigue utilizando. Ejemplos típicos de esta responsabilidad es el atropello de un peatón, o quién por descuido deja abierto el grifo de su apartamento y produce una inundación en el piso de abajo.

En lo contemplado en el Derecho Positivo, se atribuye una clara diferencia de trato al hecho de incumplir un pacto y al de causar un daño sin que preexista una relación jurídica. Ejemplo de ello es lo previsto en lo relativo al plazo de prescripción de las acciones dimanantes de una y otra forma de responsabilidad: En el caso de la responsabilidad contractual, las acciones prescriben, como regla general (art. 1964 CC), a los quince años; mientras que encontrándonos en un supuesto de “extra”, tan sólo tendremos un año para plantear la correspondiente demanda en los tribunales (art. 1968.2º CC).

Centrándonos ya en el ámbito de la responsabilidad civil médica, ¿a quién no le ha llamado la atención casos que han tenido su eco en los medios de comunicación tales como aquel que tras someterse a una simple rinoplastia, por una negligencia del

---

<sup>13</sup> Encuadrada dentro del *Código de Hammurabi* babilónico, que data del siglo XVIII a. C. Circa.

<sup>14</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, cit., pág. 10.

anestesista fallece en el postoperatorio; o el recién nacido que sufre graves malformaciones físicas y ello no le fue informado a los padres antes del parto? Por no citar algún otro caso mucho más llamativo y flagrante, como el cirujano que amputa por error el brazo sano en vez del gangrenado. Los casos, reales todos, son múltiples y de todo tipo, y nos pueden dar una idea de la variada casuística en relación al asunto.

Es conveniente recordar que el Derecho a la salud de todos los ciudadanos se encuentra constitucionalmente reconocido a todos los españoles por el art. 43 de la Constitución Española (en adelante, CE). Este precepto viene desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, derogada en parte por la posterior Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Pero, volviendo al epígrafe, ¿se trata de responsabilidad contractual o extracontractual? Parece obvio que en la medicina privada o individual, el régimen de responsabilidad derivado de los posibles daños que se ocasionen con motivo de su *praxis*, debería adecuarse al régimen de la responsabilidad contractual, contenida en los arts. 1101 y ss. del CC. El motivo de ello es que nos encontramos ante una relación jurídica negocial, que se entabla con anterioridad entre paciente y facultativo.

Sin embargo, en la medicina digamos “pública”<sup>15</sup>, en la cual, la relación jurídica que entabla el paciente es con la entidad sanitaria de que se trate (SACYL, en el caso de Castilla y León), lo cierto es que es esa misma entidad la que proporciona al necesitado de servicios médicos sus medios y personal. Por tanto, la relación del paciente con los facultativos, es eminentemente extracontractual. Y ello porque no le sujeta con los mismos ningún vínculo negocial de ningún tipo. Por consiguiente, se le aplicará el régimen general de los arts. 1902 y ss. CC.

Así es en teoría. Sin embargo, en ocasiones, en la práctica diaria resulta complicado determinar ese régimen legal. Ello porque se suelen dar una serie de condicionantes que desencadenan en que, aún preexistiendo una relación contractual médico-paciente, se dan daños que puedan derivarse de ciertas relaciones extracontractuales.

Sobre este hecho se ha pronunciado en varias ocasiones nuestro Tribunal Supremo. En virtud de la denominada “Doctrina de la unidad de la culpa civil”, nuestro más alto tribunal admite una u otra acción siempre que los hechos objeto de

---

<sup>15</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, se refiere a ella como “medicina institucional y colectiva” en su *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

enjuiciamiento sirvan de fundamento para ambas, aunque dicha calificación jurídica no haya sido adecuada<sup>16</sup>. Sin embargo, ha de matizarse en este sentido que esta solución jurisprudencial no está exenta de críticas en nuestra doctrina. Sirva de ejemplo lo mantenido por BELLO JANEIRO<sup>17</sup>.

### **1.2. ¿Obligación de medios o de resultado?**

Existen también ciertas discrepancias doctrinales entorno a dilucidar si la obligación del sanitario debe catalogarse como una obligación de medios o, si por el contrario, debe valorarse como una obligación de resultado.

En general, se ha venido manteniendo, y por otra parte parece lo más lógico, que los profesionales sanitarios llevan a cabo en cada una de sus actividades una obligación de medios. Parece lo más correcto, pues ningún médico, por muy virtuoso que sea, puede llegar a garantizar una completa curación al paciente. Asume tan sólo la obligación de procurarle la sanación por medio de una actuación diligente de acuerdo con sus conocimientos científicos<sup>18</sup>. Así ocurre en la denominada “medicina necesaria o curativa”, en la que el profesional se compromete a procurar sanar al enfermo, empleando para tal fin toda su pericia y conocimientos.

No obstante, no podemos perder de vista el hecho de que existe otro tipo de medicina, la denominada “voluntaria o satisfactiva”. En virtud de la misma, el facultativo compromete la obtención de un resultado concreto, y únicamente cumple con su obligación cuando consigue el resultado pretendido por el paciente de turno.

## **2. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD. LA CULPA MÉDICA**

La Jurisprudencia española ha venido configurando la responsabilidad civil del médico como una responsabilidad basada en la culpa. Resulta en este sentido conveniente determinar si puede existir una “culpa médica” con unas peculiaridades propias, diferente de la culpa genérica. Se trata de una responsabilidad basada en la culpa porque se presupone siempre una negligencia o falta de diligencia en el desarrollo de la actividad médica, imputando responsabilidad al facultativo únicamente en el caso de haber mediado por su parte algún género de culpa. Cualquier médico puede tener la

---

<sup>16</sup> STS de 8 de mayo de 2003.

<sup>17</sup> BELLO JANEIRO, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, cit., págs. 26 y ss.

<sup>18</sup> *vid.* Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987 y STS de 10 de noviembre de 1999.

seguridad de que quedará exonerado de responsabilidad en el caso de que se acredite que sus actuaciones se llevaron a cabo en consonancia con los usos y la técnica normalmente requerida para tal fin.

Tan sólo podrá contemplarse intervención de culpa como violación de los deberes de diligencia que previamente vienen establecidos (“Duty situation”). En España, ATAZ LÓPEZ ha definido la culpa médica adaptando el art. 1104 CC a la actividad sanitaria como: “infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”<sup>19</sup>. Se alude de esta manera a la diligencia profesional<sup>20</sup>, que viene determinada por la *LEX ARTIS*. Ello nos permite apreciar una culpa médica particular, diferente de la culpa común.

En la medicina voluntaria o satisfactiva, que antes comentábamos, se sigue un criterio de imputación idéntico. La diferencia radica en que, mientras en la medicina curativa el perjudicado ha de probar la falta de diligencia, en la voluntaria basta con acreditar la no consecución del resultado. Hemos de hablar aquí de la llamada *Lex Artis Ad Hoc*, que resulta de capital importancia a la hora de imputar responsabilidad. Por esta variante de la *Lex Artis*, debemos entender, según nuestro Tribunal Supremo, “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”<sup>21</sup>. Añadir que, según otra de las sentencias, “en resumen, el criterio para determinar si la actuación del médico ha sido cuidadoso o no, no es el ordinario (persona medianamente diligente), sino otro técnico, la *Lex artis ad hoc*, el del buen profesional del ramo, o sea, el relativo a la diligencia empleada por el buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica, siempre desde la óptica del estado actual de la ciencia”<sup>22</sup>. En pocas palabras, estaremos

---

<sup>19</sup> ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

<sup>20</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, cit., pág. 361.

<sup>21</sup> STS (Sala 1ª), de 29 de junio de 1990.

<sup>22</sup> STS de 10 de noviembre de 1999.

en presencia de culpa del profesional médico en caso de que resulte demostrado que su actuación no se ajustó a la *Lex artis ad hoc*.

Nuestra Jurisprudencia, ha venido consagrando en la práctica una serie de medios de prueba cuyo objetivo es tratar de ponerle las cosas más fáciles al interesado en llevar a cabo una reclamación. Nuestros tribunales pueden llegar así hasta una imputación de responsabilidad al facultativo por medio de alguno de estos mecanismos:

A) Mediante la denominada “regla de *res ipsa loquitur*”, (o “la cosa habla por sí sola”), consistente en que si ocurrieren circunstancias que pudiesen apreciarse por una persona de conocimientos legos en medicina, sin necesidad de recurrir a un experto en medicina, cabrá deducir culpa del agente.

B) A través de la “prueba de presunciones”, esto es, si a partir de un hecho totalmente acreditado puede deducirse otro mediante sentido común, tal deducción podría bastar para acreditar la culpa del facultativo<sup>23</sup>.

C) Por medio de la “prueba *prima facie*”, también llamada “de probabilidad estadística”. Se trata de una variante de la *res ipsa loquitur*. Consiste en deducir la culpabilidad por medio de las reglas de la experiencia, de carácter objetivo y estadístico.

D) Alegando la “Regla de la culpa virtual o Doctrina del daño desproporcionado”. En Francia se la conoce como la *faute virtuelle*. Se ha seguido de manera manifiesta por nuestra jurisprudencia. Según esta doctrina, cabrá deducir la negligencia médica de la anormalidad del resultado. Se aplicará cuando existan daños desproporcionados, anómalos o inusuales. Podríamos poner aquí el ejemplo recurrente de aquel que fallece después de haberse sometido a una operación de poca gravedad, cómo una corrección de tabique nasal, o también del que tiene importantes secuelas después de un tratamiento de poca relevancia<sup>24</sup>.

E) Señalar por último que cabe también una distribución dinámica de la prueba. Se repartirá la carga probatoria de manera que corresponderá a cada una de las partes del proceso el aporte de las pruebas que le sean más accesibles.

---

<sup>23</sup> De esta forma sucedió en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 1990.

<sup>24</sup> *Vid.* el caso que llegó a la Sala 1ª del Tribunal Supremo y que el mismo falló en consecuencia mediante Sentencia de 19 de febrero de 1998.



### 3. LEX ARTIS Y DEBERES MÉDICOS. Especial mención al consentimiento informado

Como ya ha podido deducirse de lo expuesto hasta ahora, con independencia de que nos encontramos en responsabilidad contractual o extracontractual, lo que marca el alcance de la responsabilidad es la *Lex artis*, es decir, el incumplimiento de los deberes médicos en ella contenidos. Se trata de verdaderas obligaciones jurídicas de carácter médico pero con un trasfondo claramente ético. Han sido recogidos por los Códigos Deontológicos de una manera bastante sistemática.

Por tanto es indiferente que exista un contrato previo, pues estos deberes obligarán de igual manera. Son denominados deberes *ex officio* por la doctrina<sup>25</sup>.

El primer abanico de deberes médicos son los que tienen conexión con la información, la cual se erige como un derecho para el paciente y un deber para médicos y entidades sanitarias. Existe en este sentido una información previa al otorgamiento del consentimiento de una determinada intervención, lo que se conforma como el mal denominado (según algunos autores como el mencionado LLAMAS POMBO), “consentimiento informado”. Y, por otro lado, encontramos la información que el médico ofrece al paciente como consecuencia propia de su propio deber asistencial.

-EL DENOMINADO CONSENTIMIENTO INFORMADO<sup>26</sup>: Su naturaleza no tiene porqué ser contractual *per se*. Se ha llegado a utilizar incluso para excluir la punibilidad de determinadas lesiones provocadas por alguna intervención médica. Por esta razón fue denominada en su día por LLAMAS POMBO como “consentimiento-legitimación”<sup>27</sup>. La importancia de este deber-derecho, es crucial, pues si quién lo emite careciera de la información elemental sobre lo que consiente, su validez y eficacia es nula. En cierta medida, la necesidad de consentir del paciente es gradual, proporcionalmente adecuado a la finalidad que pretenda la actividad clínica en cuestión. De este modo, la doctrina diferencia dependiendo de la actividad médica pretendida, según se dirija a mejorar la salud, es decir, si estamos ante medicina puramente curativa o, si por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de medicina satisfactiva, volviendo a cobrar relevancia

---

<sup>25</sup> Así lo mantiene LLAMAS POMBO, Eugenio, en el primer capítulo de *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

<sup>26</sup> Sobre el tema del consentimiento informado *vid.* DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo, *El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista Práctica de Derecho de Daños, núm. 3, marzo 2003, cit., págs. 5 y ss.

<sup>27</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, cit., págs. 151 y ss.

tal diferenciación. Se exigirá consentimiento de una manera más manifiesta, -valga la expresión-, cuanto más curativa sea la finalidad de la intervención, y viceversa.

Precisando aún más, el consentimiento del paciente se hace necesario (arts. 21 y 23 del Código de deontología médica española) para cualquier actividad médica que se realice en el seno de servicios e instituciones públicas en base al art. 10.6 de la Ley general de sanidad, con la salvedad de tres excepciones:

- 1- En el caso de que la no intervención supusiera un riesgo para la salud pública.
- 2- En el caso de que un paciente no se encuentre capacitado para tomar decisiones.
- 3- En supuestos en los que la urgencia o gravedad no permita demoras, por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Añadir a lo anterior que tras la promulgación de varias leyes autonómicas, se sanciona la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, fruto del Convenio de Oviedo. Esta ley se ocupa, entre otras cuestiones, del consentimiento informado.

Además de este consentimiento informado, en relación con la información, encontramos otros deberes, como son el deber de información propiamente dicho, y el secreto profesional médico, el cual se encuentra recogido en una disposición de mayor rango legislativo<sup>28</sup>.

Además de todos estos deberes relacionados con la información, que son los de mayor relevancia e implantación práctica, también es conveniente destacar los deberes relacionados con la competencia profesional (ex art. 29 del Cód. de deontología médica), deberes de asistencia y, por último, el deber genérico de certificación (derivado de las situaciones en las que el médico está obligado a emitir documentos acreditativos de la realidad de ciertas situaciones).

#### **4. DERECHOS DEL PACIENTE**

Aparejados a los deberes que son exigidos a los profesionales sanitarios, se encuentran los derechos de los pacientes, que son los acreedores directos del conjunto de deberes y obligaciones, y cuyo deudor es en numerosas ocasiones el propio Estado, aunque otras muchas lo será el propio médico.

---

<sup>28</sup> En la Ley Orgánica de Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, de 5 de mayo de 1982 (art. 7.4, en relación al 1.3). Además, tal deber también se encuentra contemplado en la Ley general de sanidad (art. 10.3).

Teniendo como base la Recomendación 779 de 1976, de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre derechos de los enfermos y moribundos, podrían señalarse los siguientes derechos:

- El perfeccionamiento de los medios médicos, que, a menudo, tiende a dar un tratamiento más técnico y menos humano.
- La situación de los enfermos y su problemática a la hora de defender por ellos mismos sus intereses.
- La necesidad de concreción y definición del derecho del enfermo a la dignidad y a la integridad, de la misma forma que la información y el acceso a los cuidados paliativos.

Ello ha tenido su repercusión y reflejo en el Convenio Europeo sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito el 4 de abril de 1997, y que entró en vigor para España el 1 de enero de 2000, y que se conoce como el “Convenio de Oviedo”.

## **SEGUNDA PARTE: LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL DERECHO ESPAÑOL**

### **1. BREVE INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES**

Dentro de las actividades médicas especialmente controvertidas, de las que podrían destacarse innumerables supuestos y especialidades, desde la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el ámbito de lo civil o de lo contencioso-administrativo, según el caso, se han ido dando una serie de pronunciamientos que han tenido como resultado el nacimiento o la asunción de las denominadas acciones de *wrongful birth*, y en menor medida, las *wrongful life action*. Acciones o demandas que, tal y como advertíamos en la introducción general del trabajo, algunos autores estudiosos del tema han traducido como “acción por nacimiento erróneo”, y “acción por vida errónea”, respectivamente.

La permanencia de tales expresiones extranjeras en España para referirse a estas acciones, tanto por los tribunales como por la doctrina, nos dan una pista sobre la reticencia que ambos mantienen, aún hoy, para terminar de asumir estas figuras<sup>29</sup>. Ello también podría ser un indicio de que la permanencia de tales figuras en nuestro sistema jurídico no está ni mucho menos garantizada. Sin embargo, los numerosos pronunciamientos que se vienen haciendo en los últimos años respecto a las mismas, dan esperanzas a sus defensores y partidarios, los cuales no son demasiado abundantes, al menos dentro de la doctrina.

Hemos de advertir a este respecto, que las sentencias analizadas a lo largo de este trabajo son todas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ha de precisarse también que existe una acción conexas a estas acciones, que podría llevar a equívoco con las mismas pero que distan unas de esta en muchos aspectos, sobre todo en el fundamento de la acción y en su acogimiento y asiento en nuestro ordenamiento jurídico, (mucho mayor que las otras). Nos referimos a las denominadas *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, demandas interpuestas por los progenitores de un hijo totalmente sano pero no deseado. Aquí la negligencia del facultativo es muy clara, y se basa, en la mala praxis llevada a cabo en la operación anticonceptiva, o en omitir información a sus pacientes sobre probabilidades de fracaso

---

<sup>29</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 49-mayo 2004, cit., págs. 5 y ss.

de la intervención, o sobre cautelas postoperatorias<sup>30</sup>. En este tipo de casos, la responsabilidad es sin duda de carácter contractual, y hemos de acudir al 1101 CC como norma aplicable, ya que el médico lesiona la libertad de procrear de los progenitores<sup>31</sup>, por no actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, o no haber informado de los riesgos, lo que sería saltarse “a la torera”, sus obligaciones contractuales.

Sustancialmente diferentes y, por tanto, al margen de nuestro interés son también las situaciones en las que el niño sufre graves lesiones como consecuencia de la negligencia o falta de diligencia del médico u otros profesionales intervinientes en el parto o en el propio proceso de gestación.

Por tales razones, se considera que no deben incluirse este tipo de acciones dentro del ámbito de las acciones que son motivo de este trabajo<sup>32</sup>. El protagonismo estará por tanto en otras reclamaciones de daños, en las que la reclamación se fundamenta en el nacimiento de un niño con discapacidad u otros defectos físicos o psíquicos, por no haber recibido durante la gestación la información médica de manera correcta y a tiempo: ya sea porque se ha practicado un diagnóstico no acertado, por “vicios” en la información transmitida por el facultativo, o por no haber aconsejado la realización de pruebas de diagnóstico prenatales.

El caldo de cultivo de todo el tema de las acciones por nacimiento injusto y por vida errónea no es otro que la privación de la facultad de abortar de toda mujer dentro de los supuestos tasados por ley, hoy redactados en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, al que nos referíamos en páginas anteriores. Se trata de una privación debida a un comportamiento culpable del facultativo, al no informar de las anomalías del feto, o bien lo hizo a destiempo o sin la diligencia que se le exige. Ahí se encuentra el trasfondo de todo este tema.

De la misma manera que la opinión mayoritaria de las voces de la doctrina, no puede decirse que exista una jurisprudencia proclive al afianzamiento de estas demandas. Tampoco puede hablarse de un postulado jurisprudencial clara. Lo que salta

---

<sup>30</sup> *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 y comentario a la misma de LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (en adelante *CCJC*), 36/1994, NÚM. 965, págs.1005-1019.

<sup>31</sup> Tal libertad ha sido reconocida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, entendiéndola por el máximo órgano interpretador de nuestra Carta Magna como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad consagrada en el art. 10.1 CE.

<sup>32</sup> Así lo mantiene TORAL LARA, Estrella, Cap. *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*, relativo a la obra *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

a la vista es la constante contradicción entre sentencias, lo que no aporta en absoluto seguridad jurídica, únicamente dudas e incertidumbre<sup>33</sup>

Volviendo a la doctrina, diversos autores han mostrado de manera tajante una actitud contraria al acogimiento de las *wrongful birth* y *wrongful life actions*. Acudiendo al Derecho comparado encontramos el ejemplo del jurista italiano, ya fallecido, OPPO, destacando el mismo que el Derecho pone obstáculos a estas acciones porque, -mantiene-, entre la alternativa de no nacer y de nacer, aún con anomalías graves, la segunda opción no es considerada un hecho lesivo<sup>34</sup>.

Sin salir de nuestras fronteras, podría destacarse la postura mantenida por el profesor de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares BUSTOS PUECHE, quién critica sin ningún tipo de tapujos las sentencias de los Tribunales tendentes a este tipo de demandas, arremetiendo contra dichas resoluciones y tildándolas de voluntaristas<sup>35</sup>.

## **2. CRITERIO DE IMPUTABILIDAD**

Como punto común de ambas acciones, ha de decirse que el único criterio de imputabilidad que parece admisible es el de la culpa del médico o facultativo, que, como ya hemos tenido ocasión de resaltar, en el transcurso de sus tareas, vulnera la denominada *Lex Artis ad hoc*. Sin embargo, este hecho es un arma de doble filo para las víctimas, pues aunque de entrada parezca positivo a la hora de alegar una vulneración de los derechos de los afectados, al reducirse únicamente a un solo criterio, se ven reducidas también las bazas que estos últimos pueden alegar en juicio.

DE ÁNGEL YAGÜEZ afirma, con cierta dureza, en relación al criterio de imputabilidad que la culpa del médico consiste en un error que ha conducido a la vida. Condicionamientos sentimentales que podrían sesgar la opinión de algunos, lo cierto es que tiene razón, o al menos, personalmente, suscribo sus palabras.

Entonces, será necesario probar que esa *Lex Artis* ha sido vulnerada. A la hora de construir las alegaciones de la demanda para reclamar el nacimiento del hijo enfermo, no resulta posible presumir la culpa del causante del daño, de la misma manera que tampoco cabe invertir la carga de la prueba. Dicha carga recaerá siempre sobre el actor.

---

<sup>33</sup> De esta opinión son los profesores MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 16-mayo 2004, pág. 5.

<sup>34</sup> OPPO, Giorgio, *L'inizio della vita umana*, Rass. Dir. Civ., 1982, I, pág. 507.

<sup>35</sup> Vid. BUSTOS PUECHE, José Enrique, La Ley, 1997-5, págs. 1699 y ss.

En lo que a las acciones *wrongful birth* corresponde, -dónde recordemos que quién demanda es la madre o ambos progenitores de la criatura, o incluso el padre (aunque este último hecho ha resultado y resulta aún hoy muy discutido)-, la negligencia o falta de diligencia del médico puede derivarse de:

- A) Haber llevado a cabo un diagnóstico erróneo en las pruebas prenatales.
- B) No haber informado de manera correcta o con la suficiente antelación de un resultado prenatal que indicaba la existencia de problemas en el *nasciturus*.
- C) No haberse aconsejado la realización de pruebas de diagnóstico prenatales.

En cuanto a las *wrongful life actions*, decir que el criterio de imputabilidad coincide con lo dicho anteriormente para las *wrongful birth*, ya que el supuesto de hecho en el que se basan es idéntico. No obstante, podría resultar paradójico que exista un deber médico respecto del niño. Si considerásemos esto último, quebraría el criterio de imputabilidad<sup>36</sup>.

### 3. NEXO CASUSAL

Uno de los grandes obstáculos a los que se enfrentan este tipo de reclamaciones de responsabilidad, se encuentra en este punto, en la relación de causalidad o nexo causal. Para que el médico responda por los daños causados, es condición *sine qua non* que su comportamiento, se pueda considerar la causa de ese daño. Esta comprobación, que ya es difícil en el derecho de daños en general y en la responsabilidad civil del médico en particular, se ve aumentada en el supuesto concreto de las acciones objeto de este trabajo<sup>37</sup>. Y ello debido al presupuesto, explicado de soslayo anteriormente, del que parten estas demandas. Por este motivo, gran parte de la doctrina pone de manifiesto esta problemática<sup>38</sup>.

En las Acciones *wrongfu birth*, el nexo causal estudiado por la Jurisprudencia es el que vincula las actuaciones de los facultativos con la posibilidad de la madre de abortar, o dicho del modo que ya se ha generalizado desde la entrada en vigor de la LO

---

<sup>36</sup> De esta manera lo ha manifestado TORAL LARA, Estrella, Cap. *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*, relativo a la obra *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014

<sup>37</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *op. cit.*, págs. 463 y ss.

<sup>38</sup> A modo de ejemplo, citar a DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad, Parte I*, Revista Der. Gen. H., 1996, nº 4, pág. 145) y a PANTALEÓN PRIETO, A. F., *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, cit., págs. 272 y ss.

2/2010, de interrumpir voluntariamente el embarazo. No se juzga si el médico, con sus intervenciones, causó la malformación o deficiencia del bebé, pero tampoco si pudo hacer algo por evitarlas<sup>39</sup>. Por tanto, la relación de causalidad en este tipo de supuestos, suele establecerse en lo referido a la imposibilidad de que la mujer embarazada acceda a la interrupción legal del embarazo.

Volviendo a MACÍA MORILLO, la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, mantiene que desde el punto de vista causal, resulta irrelevante cuál hubiera sido la actuación de la madre en el caso de haber tenido la posibilidad de interrumpir el embarazo. Ello se debe a que el daño, en sí mismo, se sitúa en un momento causal anterior a aquel en el que se plantea la incertidumbre sobre cuál habría sido la actuación de esa mujer. Para esta autora lo que en realidad es más importante es que resulte acreditado que la actuación del profesional es la verdadera causa de la privación a la mujer de su facultad de abortar, no la decisión que ésta habría tomado con posterioridad, en el hipotético caso de que hubiera podido decidir<sup>40</sup>. En términos similares se mantienen los postulados de MAZZILLI<sup>41</sup>

### **3.1. Carga de la prueba**

A lo dicho anteriormente, podemos añadir, como ya han hecho algunos autores, que la cuestión entra de cabeza en el terreno de la causalidad hipotética<sup>42</sup>. La solución correcta, según manifiestan MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, viene ofrecida por la doctrina de origen germánico, de la mano de autores como KOZIOL, el cual mantiene que un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado él mismo conforme a

---

<sup>39</sup> De modo similar llegó a pronunciarse la STS de 7 de junio de 2002: “*Aún detectadas a través de las pruebas pertinentes, las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante*”.

<sup>40</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (SALA 1ª) DE 24 DE CTUBRE DE 2008*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 18, 2008-II, pág. 205.

<sup>41</sup> MAZZILLI, Elisabetta, *La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas*, Aranzadi Civil-Mercantil nº 10/2012, versión on line, pág. 22

<sup>42</sup> Así lo ha recogido el repetidamente mencionado DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, en su trabajo *La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo*, cit., págs. 127-133. Ante la duda sobre la decisión que habría tomado la madre, opta por apreciar la relación de causalidad, aunque considera imprescindible que la mujer declare que, de haber tenido la opción, hubiera adoptado. En contraposición a esta tesis, otros autores, también españoles, han venido manifestando que en la medida en que el daño deriva de la privación misma de la posibilidad de optar entre interrumpir el embarazo o no, no resulta determinante cuál hubiese sido la hipotética voluntad de la madre: BERCOVITZ, A., *CCJC* 50/1999, cit., pág. 858; y también, con argumentos similares pero sustancialmente diferentes, Díez PICAZO, L., *La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil*, cit., pág. 1706.



derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y de la misma magnitud. Aplicada a los casos de *wrongful birth*, esta doctrina mantendría que, a pesar de su negligente omisión, el profesional médico no será responsable si resulta acreditado que, de haber facilitado diligentemente la información correspondiente, la madre gestante tampoco habría abortado.

Sin embargo, tal y como también ha reconocido la doctrina alemana, la carga de probar que de haberse observado la conducta alternativa diligente se habría producido el mismo resultado, debe recaer sobre quien alega tal hecho, que es, además, quien actuó de forma negligente<sup>43</sup>.

Por este motivo, la aplicación práctica de estas tesis a supuestos de *wrongful birth* no puede gravar a la madre con la carga de probar que, de haber podido, hubiera abortado<sup>44</sup>. Además, el derecho procesal en este sentido está dominado por la regla de que quien alega algo en cualquier proceso, soporta la carga de demostrar la existencia de lo alegado. Ello se conforma como la denominada “excepción material, esto es, la incorporación por el demandado de un hecho nuevo en el proceso, cuya prueba podría conllevar la absolución del demandado.

Así, y en concordancia con la opinión dominante dentro de la doctrina, la carga de probar el hecho que integra la excepción recae sobre quien lo alega, es decir, el demandado<sup>45</sup>.

### **3.2. Interrupción del nexo causal**

Tal y como ocurre en el resto de casos de responsabilidad civil, en el supuesto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, pueden circunstancias determinadas que den lugar a la interrupción de la relación de causalidad que se establece entre el comportamiento del agente generador del daño y el daño en sí mismo.

Dicha interrupción da lugar a la exoneración de responsabilidad del facultativo (o facultativos) sobre el cual se reclama la anterior. En esos casos, se considera que el daño es producido no por el profesional médico en sí, sino por dicha circunstancia

---

<sup>43</sup> ADOLF KAUF/WILHEM UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrecht*, .A, München, Beck, 1999, Rdn. 3-4, págs. 492-493.

<sup>44</sup> De esta forma lo han manifestado MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, Práctica de Derecho de Daños, nº 16-mayo 2004, pág. 15.

<sup>45</sup> Cf. Andrés DE LA OLIVA SANTOS/Ignacio DÍEZ-PICAZO Jiménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, págs. 264-266 y 298-302.

interruptora, y por ese motivo sería totalmente injusto que este último asumiera la carga del daño.

En el ámbito médico-sanitario estudiado, esta interrupción del nexo causal se produce, normalmente, en la primera fase del desarrollo del mismo<sup>46</sup>. Nos referiremos en este sentido dos eventos que producen tal interrupción: En primer lugar al caso fortuito y la fuerza mayor y, en segunda instancia, a la culpa de la víctima.

No haremos alusión a la intervención del tercero, que siendo también causa de interrupción del nexo causal, produce no sólo que el facultativo quede exonerado del daño, sino también que esa responsabilidad podrá atribuirse, si concurren los requisitos, a ese tercero<sup>47</sup>.

### **3.2.1. Caso fortuito y fuerza mayor**

Comenzar apuntando que, mientras no se asignen efectos diferentes respecto de uno y de otro, son sinónimos y se denominan de forma general de acuerdo a la segunda de las expresiones. Esta “pseudo-unificación conceptual”, ha sido acometida por algunos autores destacados de la doctrina<sup>48</sup>.

Dicho esto, cuando se contemple un evento imprevisible o inevitable, habrá de considerarse que el facultativo no fue capaz de adaptar su comportamiento a las directrices dadas por la *lex artis*, con lo cual, actuó de manera diligente; es decir, el daño producido no se debe a su culpa.

Por lo tanto, deberá negarse categóricamente en la esfera de nuestras acciones la responsabilidad del profesional médico cuando no le sea imputable de manera subjetiva la responsabilidad por tal circunstancia.

Hemos de destacar que la mayoría de estos casos se plantean como eventos cuya consecución se sitúa en el ámbito de la actividad del médico, esto es, caso fortuito. Los supuestos de fuerza mayor, generalmente, se producen en la fase de diagnóstico.

---

<sup>46</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *op. cit.*, pág. 514.

<sup>47</sup> Este aspecto ha sido tratado con detenimiento por MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005, págs. 525-530.

<sup>48</sup> Como señalan CARRASCO PERERAN (*Artículo 1105*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV, Vol. 1º, Dirigido por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 631) y GÓMEZ CALLE (*Voz “Caso fortuito (D.º civil)”*, en *EJB*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 949), el art. 1105 CC no utiliza el concepto de caso fortuito y fuerza mayor ni distinguen entre ellos, sino que la distinción es realizada por la doctrina.

### 3.2.2. *Culpa de la víctima*

En aquellos casos en los que la causa del daño intervenga una determinada actuación de la propia víctima, la relación de causalidad se verá interrumpida respecto del comportamiento del facultativo<sup>49</sup>.

En el caso concreto de las *wrongful birth* y *wrongful life actions*, será palpable en aquéllos supuestos en los que la víctima dañada contribuya a provocar, -al igual que en el caso fortuito y la fuerza mayor- el defecto en la información en lo relativo al estado de salud del embrión o del feto o también en lo referente a los riesgos que amenazan al no concebido.

Como puntualización importante, debe decirse que la interrupción del nexo causal derivada de un comportamiento de la víctima del daño, realmente sólo es posible en las acciones de *wrongful birth*, ya que en las *wrongful life action*, las circunstancias que rodean al hecho generador del daño, se producen antes de que el niño haya nacido, razón por la cual se hace imposible que la víctima más agraviada (el niño con malformaciones o deficiencias), pueda intervenir en la causación de su propio daño<sup>50</sup>.

## 4. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO SEGÚN EL BIEN JURÍDICO DAÑADO

Esta cuestión ha sido destacada por los estudiosos del tema, como una de las cuestiones capitales. Sin embargo, tal y como ha destacado TORAL LARA, únicamente dos de las sentencias que han llegado al Tribunal Supremo, han puesto en tela de duda la existencia del daño<sup>51</sup>.

Determinar cuál es el bien jurídico dañado debido a la culpa o negligencia del profesional sanitario es fundamental, no sólo porque lo diga la doctrina en general, sino porque por simple sentido común, ha de comprobarse si existe algún bien jurídico dañado por la actuación del médico, o si dicha lesión se debe a otras circunstancias, o se puede exonerar a los facultativos de responsabilidad. Lo que está en juego no sólo son grandes cantidades de dinero derivadas de las cuantiosas indemnizaciones, sino que todas las partes queden conformes con la imputación de responsabilidad, que queden resarcidas o satisfechas. Es decir, entroncando con lo que exponíamos al principio de este trabajo, el “dar a cada uno lo suyo” de Ulpiano, todas las partes han de volver a la

---

<sup>49</sup> De esta opinión es partícipe MACÍA MORILLO (en la obra citada, pág. 519). Sin embargo, otros autores, como DE ÁNGEL YAGÜEZ, es necesario que tal comportamiento fuera imprevisible para el profesional médico.

<sup>50</sup> A dicha conclusión llega también DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 704.

<sup>51</sup> TORAL LARA, Estrella, *op. cit.*, pág. 261.

situación anterior a la consecución del hecho dañoso. Resulta obvio que alguna de las partes, bien demandante o demandado, siempre va a quedar peor parado, o menos conforme, pero ello es algo innato al Derecho, en general y a cualquier tipo de litigio en particular. Los pronunciamientos que más se aproximen a este hecho (la igualdad de condición inter partes, el devolver a cada uno de ellos a su situación inmediatamente anterior retrotrayéndose a los hechos dañosos), serán los fallos que más se ajusten a lo justo en este tipo de demandas.

Además, acertar con cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con el planteamiento de estas acciones, arroja luz sobre la legitimación activa en el ejercicio de las mismas, y también la propia catalogación de las concretas peculiaridades del daño, es decir, si nos encontramos en presencia de un daño patrimonial, un daño moral, o ante ambos dos.

Como es la cuestión que más controversia suscita dentro de la doctrina, comenzaremos dando unas pinceladas sobre la posibilidad de identificar el daño con la privación a la mujer (madre del niño enfermo), de la facultad de abortar. Dicha tesis ha sido defendida por autores como DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ<sup>52</sup>. El aborto eugenésico, como tal, existe *de facto* y *de iure*, tras la promulgación de la LO 2/2010, de 3 de marzo. Sin embargo, la posibilidad se contemplaba ya hace exactamente una treintena de años, con la redacción y entrada en vigor de la LO 9/1985, de 5 de julio, la cual incorpora el artículo 417 bis al Código Penal. Dicho precepto despenaliza el aborto en algunos supuestos (los eugenésicos, entre otros). Después de un profundo debate en esferas políticas, sociales, en la opinión pública, etc, esta modificación es perfectamente compatible con el texto de nuestra CE<sup>53</sup>. Esta despenalización del aborto, que de alguna manera implica la facultad de abortar, son un argumento de peso para considerar como daño en los casos en los que se prive a la mujer de interrumpir legalmente su embarazo<sup>54</sup>.

Otro bien jurídico al que puede hacerse referencia cuando se producen daños y se plantean acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*, es el que se identifica con el deber de información por parte del profesional sanitario. Como ya se adelantó en el epígrafe relativo a los deberes del médico, la información en estas acciones, es

---

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Gema, *La imposibilidad de abortar, un supuesto más de responsabilidad civil*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-168, tomo 3, versión *on line*.

<sup>53</sup> De esta manera lo consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

<sup>54</sup> Así se manifestó en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1992, y resuelta en casación por la STS de 6 de junio de 1997.

fundamental, ya que sin ella, no se da a la víctima a elegir dentro de las posibles opciones que la ciencia médica le ofrece. Ello conecta con lo establecido en la redacción del artículo 10 CE, que eleva a la categoría de Derecho Fundamental la facultad de todos los españoles para escoger entre las diferentes alternativas vitales que se le ofrezcan. De este modo se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 132/1989, de 18 de junio de 1989. Por tanto, este derecho a la información médica se constituye en una manifestación del derecho a la libertad personal y, por ello, es consecuencia directa de la autodisposición individual sobre el propio cuerpo<sup>55</sup>. En realidad, lo que se produce es una vulneración a la emisión del consentimiento informado, que es necesario, por parte del paciente, como consecuencia del incumplimiento por parte del médico de su deber de información<sup>56</sup>. También en este sentido hemos de considerar lo mantenido por LLAMAS POMBOO en relación a tales derechos de información. Distingue el profesor, guía y supervisor de estas páginas, que se diferencian en este aspecto dos tipos de información: En primer lugar, aquella información que tiene o puede tener un significado o incidencia terapéuticos sobre el estado general del paciente; y, en segundo término, la información que permite al paciente emitir un consentimiento adecuado para la intervención sobre su propio cuerpo<sup>57</sup>.

En el caso de que se identifique el daño con el nacimiento de un hijo con malformaciones u otro tipo de discapacidad, puede destacarse que esta postura también tienen sus fervientes defensores dentro de la doctrina. De alguna manera, esta es la postura que mantiene la STS de 4 de febrero de 1999. Una sentencia que de manera manifiesta lo identifica así fue la STS de 6 de junio de 1997, que además fue la primera que dicta el Tribunal Supremo en relación a este tipo de acciones. Sin embargo, tal y como afirma TORAL LARA, identificar el daño con el nacimiento de un hijo con graves o flagrantes taras vulneraría los principios más básicos de nuestro ordenamiento<sup>58</sup>, por lo que no le dedicaremos una mayor atención.

---

<sup>55</sup> Así lo recuerda la STS de 11 de mayo de 2011.

<sup>56</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia M<sup>a</sup>, *Las acciones wrongful birth y su problemática jurídica*, Diario La Ley, n° 7231, 1 de septiembre de 2009, versión *on line*, pág. 10. A este respecto, la STS de 21 de diciembre de 2005 afirma: “el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, y como tal forma parte de toda actuación asistencial, hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico”.

<sup>57</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005*, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 32, sección editorial, noviembre de 2005, versión *on line*, págs. 2 y 3.

<sup>58</sup> TORAL LARA, Estrella, *op. cit.*, pág. 262.

En el tratamiento dado al tema por TORAL LARA en la obra citada, destaca además del análisis de los anteriores bienes jurídicos, la identificación del daño con: la imposibilidad de suficiente preparación

En cuanto a la relación entre el daño y la facultad de autodeterminación de la mujer, señalar que esta ha sido la tesis manifestada por el Tribunal Constitucional en STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, considerando el daño como un atentado contra la dignidad de la persona, ya que dicho daño está íntimamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad, dicen los magistrados. No obstante, para que este bien jurídico sea lesionado, ha de vulnerarse además del mismo, bien el derecho de información de la víctima, o bien la facultad de abortar.

## **5. ANÁLISIS DEL CONTEXTO JURISPRUDENCIAL. Especial referencia a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003**

Como acaba de soslayarse pocas líneas más arriba, la primera sentencia en la materia dada por el Tribunal Supremo data del 6 de junio de 1997. Cuatro son las sentencias relevantes en la materia. Únicamente cuatro, pero que han dado mucho de qué hablar, pues los análisis jurisprudenciales entorno a las mismas, han sido muy numerosos.

La importancia de analizar, aunque sea superficialmente las sentencias, tanto los hechos acaecidos como los fundamentos jurídicos esgrimidos por los jueces y magistrados que en esos casos han intervenido, se antoja como clave. No es lo mismo sacar conclusiones leyendo teorías y tesis doctrinales, que puede llegar a ser tedioso e incluso me atrevería a decir que frío, que constatar la práctica del foro y de la calle. Es de este modo como verdaderamente la gente se da cuenta de la verdadera problemática que suscitan estas acciones. Por ello considero este epígrafe como uno de los más destacables, relevantes y representativos de todo el trabajo.

Ríos de tinta se han vertido por ejemplo en cuanto a esta sentencia pionera de hace apenas algo más de quince años. Se refería la misma a una embarazada a la que le habían realizado, las primeras semanas de gestación, una amniocentesis, que por describirlo gráficamente se trata de un método o prueba prenatal por la cual, se extrae una muestra de un líquido que rodea al feto para someterla a análisis y poder preverse si el *nasciturus* tiene algún tipo de discapacidad, como el denominado síndrome de Down<sup>59</sup>. Se trataba de un hospital público de Valencia. La prueba falló pero, esa

---

psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado, y con la integridad patrimonial. Dada la brevedad del trabajo, no nos pararemos a analizar estos bienes jurídicos como hemos hecho con los anteriores cuatro.

<sup>59</sup> Según el DRAE, la amniocentesis es “un procedimiento de obtención de muestras de líquido amniótico mediante punción abdominal de la pared del útero”.

circunstancia, se le comunicó dos meses más tarde, por lo que en ese momento, ya había transcurrido el plazo para ejercitar la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo. La víctima dio a luz un hijo con síndrome de Down e interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el Servicio valenciano de salud y contra el médico que le practicó la prueba. Solicitaba una indemnización de 50 millones de las antiguas pesetas (unos 300.000 euros). El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia desestiman la demanda. Sin tirar la toalla ni dejarse invadir por el desanimo, la gestante acudió en casación al Tribunal Supremo, quién a la postre terminaría por darle la razón, condenando solidariamente al Servicio valenciano de salud y a la doctora que sustituyó al médico titular que se encontraba de vacaciones y que se demoró a la hora de transmitir la información. La indemnización se basó en concepto de daños morales y materiales.

Un fallo totalmente opuesto fue el dado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1999. En este caso, una mujer trajo al mundo a una niña con diversas anomalías congénitas. En su día se le realizaron varias ecografías requeridas por un embarazo que, al parecer, era de bajo riesgo. Ninguna de esas ecografías detecta tales anomalías. Una vez producido el parto, los progenitores demandan a la ginecóloga que había seguido el embarazo, a la Delegación provincial del Insalud y al Ministerio de Sanidad y Consumo. Solicitaban en este caso una indemnización de unos 200.000.000 de pesetas (1,2 millones de € aprox.). Aunque en primera instancia se estima parcialmente, tanto la Audiencia Provincial de Salamanca como el Tribunal Supremo desestimaron las pretensiones de los actores, absolviendo a todos los demandantes. Se trata de la primera de estas cuatro sentencias que estamos analizando en la que se termina absolviendo a todos los presuntos responsables, y la única en la que no hay indemnización.

La tercera sentencia verdaderamente importante relativa a un supuesto de *wrongful birth*, la redactada por el Tribunal Supremo el 7 de junio de 2002. Volvemos a encontrarnos aquí con el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Lo interesante de esta sentencia es que tras el nacimiento, los padres interponen demanda de responsabilidad civil en nombre propio, en nombre y representación de sus tres primeros hijos, y en nombre y representación del hijo recién nacido, afectado por tales anomalías. Es decir, podría decirse que en esta demanda concurren tanto la acción de *wrongful birth*, como la de *wrongful life*. En primera instancia se admite parcialmente la demanda, sin embargo, la Audiencia Provincial, en segunda instancia, estima

parcialmente los recursos de apelación presentados por los demandados y rebajó además la indemnización pedida a 40 millones de pesetas. El Tribunal Supremo, casó la sentencia de la Audiencia Provincial y, siguiendo la línea establecida por la Sentencia de 4 de febrero de 1999, absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Especial detenimiento merece la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, dónde nuestro más alto tribunal dicta una nueva sentencia en relación a un supuesto de *wrongful birth*<sup>60</sup>. Es esta la cuarta sentencia del Supremo en esta materia. Sin embargo, como hemos podido comprobar, no puede decirse que exista una línea jurisprudencial clara o definida entorno al tema. Más bien todo lo contrario. Su posición es ambigua y, en cierta medida, contradictoria. Esta sentencia rompe la línea que parecía empezaba en cierto modo a consolidarse tras la segunda y tercera sentencia y, en la tendencia de la primera, de 1997, concede una indemnización a los padres de un niño que nació con graves malformaciones. Tal alumbramiento se produce el 20 de junio de 1993. Esas malformaciones congénitas no fueron detectadas en la gestación por los médicos especialistas, a pesar de que le fueron practicadas cuatro ecografías a la madre durante el embarazo. Lo único que se manifestó a los progenitores, el día anterior al parto, fue la “probable existencia de una arteria umbilical única”. Al día siguiente nace un bebé con malformaciones graves, entre las que destacan la ausencia del riñón izquierdo y de la pierna izquierda.

Los padres del niño, en nombre propio y como representantes legales de su hijo, interponen demanda de responsabilidad civil contra: el ginecólogo, los tres ecógrafos y contra el Hospital Universitario Materno Infantil Valle de Hebrón, el Institut Català de la Salut y la Compañía de Seguros Winterthur. Reclamaban una indemnización de 150.000.000 de pesetas debido a los daños y perjuicios que todos ellos les habían causado, tanto a ellos como, insistimos, a su hijo. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona estima parcialmente tal demanda, condenando a los demandados a pagar la cuantía de 25.000.000 de pesetas. Sin embargo, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona absuelve a todos los que en primera consideran responsables. Los progenitores acuden en casación al Supremo que, aunque absuelve al ginecólogo, condena al resto de codemandados a pagar una indemnización de 60.000.000 de pesetas, (unos 360.000 €).

---

<sup>60</sup> Para profundizar aún más en lo mantenido en esta sentencia y las consecuencias y conclusiones *vid.* MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 16-mayo 2004, págs. 5-22.



Aunque los hechos y fundamentos de Derecho de la sentencia son interesantes *per se* y hablan por sí solos, lo que verdaderamente se antoja más destacable es, como han remarcado otros autores<sup>61</sup>, el hecho de que estar ante un caso en el que claramente concurren las dos acciones, ya que los padres interponen la demanda tanto en nombre propio (*wrongful birth action*), como en nombre de su malogrado hijo (*wrongful life action*). Además de ello, esta sentencia es la primera, y hasta la fecha única sentencia en nuestro país favorable a la acción por vida errónea o *wrongful life action*.

Según ALISTE SANTOS<sup>62</sup>, en la sentencia citada cayeron los magistrados en un craso error, ya que, al argumentar con fundamento en la privación de la facultad de la posibilidad de abortar, debe prestarse una atención especial al plazo máximo que se establece para el aborto eugenésico. Ello se trata de un dato muy importante y a la Sala le pasó desapercibido.

## **6. FUNDAMENTO DE LAS *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE ACTIONS***

La razón de ser de este tipo de demandas, mucho más numerosas y con mayor acogida en la práctica de los Tribunales lo que lo son sus “primas-hermanas”, se encuentra en la imposibilidad de decidir sobre la interrupción legal del embarazo; de esta manera lo han manifestado MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ. Para estos autores, “ambas acciones toman, como punto de partida, la existencia de una negligencia médica que ha consistido en omitir la información adecuada sobre las anomalías del feto, o en proporcionarla fuera del plazo previsto por la ley para interrumpir legalmente el embarazo”<sup>63</sup>.

En suma, el fundamento sobre el que descansa todo el tema relativo a estas acciones se encuentra en esa privación de la facultad que ostenta la madre. Esta privación es causada por un comportamiento culpable del profesional/es médico/s, que no informó de las malformaciones o simplemente anomalías del feto, o lo hizo a destiempo y sin la diligencia que debiera.

---

<sup>61</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, (*El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful birth y wrongful life*, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 49-mayo 2004, pág. 11), y MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, (*Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*. A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 16-mayo 2004, pág. 17).

<sup>62</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful birth y wrongful life*, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 49-mayo 2004, pág. 11.

<sup>63</sup> MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*. A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 16-mayo 2004, pág. 19.

Por tanto, una peculiaridad o característica esencial de estas demandas la encontramos en la íntima vinculación que tienen éstas con la existencia del aborto y su regulación legal.

A pesar de que la sentencia de 18 de diciembre de 2003 puede considerarse el parangón de las demandas por *wrongful life*, concediendo la misma indemnización tanto a los padres que actuaban en su nombre, como representando legalmente a su hijo con malformaciones, evita entrar a valorar si el propio niño, por medio de sus padres, puede reclamar, *iure proprio*, los daños que se derivan de su nacimiento. Se trataba de una buena oportunidad del Supremo para aclarar, de una vez por todas si estas acciones tienen cabida real en nuestro ordenamiento. Pero no se pronuncia al respecto. No obstante, en nuestro país, la opinión dominante en la doctrina es la que tiende a rechazar indemnizar al niño, rechazando por añadidura la posible virtualidad de las *wrongful life*.

### **TERCERA PARTE: CUESTIONES CONEXAS AL FENÓMENO DE LAS WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE ACTIONS**

#### **1. ACOGIMIENTO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LAS MISMAS EN EL DERECHO COMPARADO**

La singladura de estas acciones por los distintos ordenamientos jurídicos, tiene su origen en Estados Unidos. Su paso se ha ido abriendo de modo paralelo al avance y consolidación del aborto en determinados supuestos. Aunque en ninguno de los ordenamientos en los que se han ido planteando estas acciones se ha alcanzado una solución unánime, sí que se pueden ir estableciendo de alguna manera ciertos patrones: Al menos, el acogimiento más o menos grande de las acciones de *wrongful birth*, y salvo en contadas excepciones, la desestimación y poco cariño a las *wrongful life*<sup>64</sup>.

El trabajo de la doctrina a la hora de asentar los conceptos y diferentes elementos de estas acciones ha sido verdaderamente fundamental. El legislador, al menos hasta la fecha, no ha actuado en consecuencia. Exceptuando el caso francés y alguno de los estados norteamericanos, en el resto de países en los que se han aparecido estas demandas no ha dado pie a una regulación especial. Por esta razón, en países como España, juristas, doctrina y estudiosos del tema acuden a los presupuestos generales de la responsabilidad. Aún así, es interesante sacar a la luz las respuestas que se han dado en otros países en lo referente a éstas. Es importante saber la situación que tienen estas acciones en el extranjero, no sólo por curiosidad, sino también porque no hemos de olvidar que las mismas tienen su origen en un país foráneo y su impronta práctica ha sido mucho más prolija en estos otros ordenamientos, sobre todo, como apuntábamos, en el Derecho francés y en el estadounidense, cuna de estas demandas.

---

<sup>64</sup> De esta opinión es MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005, pág. 118.

### 1.1. *Estados Unidos*<sup>65</sup>

Las demandas por nacimiento erróneo y por vida errónea surgen como una pretensión de reparación solicitadas ante los Tribunales enmarcadas en el denominado “*tort of negligence*”, lo que en nuestro sistema podríamos equiparar, con matices, con la institución de la responsabilidad civil. La primera manifestación de estas concretas acciones se produjo en el caso *Gleitman Vs. Cosgrove*<sup>66</sup>.

Sin embargo, al no estimarse esta demanda, hay autores que consideran más relevante a la hora de determinar con exactitud el inicio de estas “injusticias prenatales”, el caso *Roc Vs. Wade*. Fue a partir de este precedente cuando comenzaron a darse en los Tribunales norteamericanos estas demandas por nacimientos (*wrongful birth*), vidas (*wrongful life*), o embarazos injustos (*wrongful pregnancy*). En esta demanda sí que se estiman las pretensiones de los actores, a diferencia del caso anteriormente mencionado, que data de 1967.

Un caso especial, también muy conocido, fue el *Zepeda Vs. Zepeda*. El niño Zepeda nació completamente sano, pero no estaba conforme con haber sido concebido fuera del matrimonio. La demanda fue dirigida contra su padre, por haber corrompido a su madre para mantener relaciones extramatrimoniales con él, prometiéndola de manera falsa matrimonio. El Tribunal terminó por desestimar la demanda, ya que de hacerlo los juzgados se habrían colapsado de demandas similares; sin embargo, admitió en los fundamentos jurídicos de la misma que en la conducta del progenitor concurrían todos los elementos típicos de la responsabilidad civil. Comienza así una tendencia a rechazar todo este tipo de acciones, negando las indemnizaciones bajo la base de la denominada “doctrina de la bendición”, que comenzó con el caso *Christensen Vs. Thornby*.

El encargado de abrir una nueva tendencia jurisprudencial en USA fue el precedente *Custodio Vs. Bauer*. Este se refiere también a un embarazo no deseado en el

---

<sup>65</sup> Con el fin de profundizar, tanto en este apartado como en el punto sexto, relativo al caso francés, resulta verdaderamente útil el trabajo realizado por MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa*, Revista de responsabilidad civil y seguros, La Ley, Buenos Aires (Argentina), octubre de 2001, Capítulo XI, págs. 429-456.

<sup>66</sup> En dicho procedimiento se termina negando una indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life*. Se trataba de un bebé afectado de numerosas malformaciones producidas como consecuencia de una rubeola que contrajo su madre durante los meses de gestación. Se informó a la madre que dicha circunstancia no tendría consecuencias sobre el feto. Para no considerar la demanda de *wrongful life*, la Corte de Nueva Jersey se basó en que, por una parte no se podían comparar los defectos vitales con el vacío completo de la no existencia y, además, añadió que, aunque los daños fueran susceptibles de valoración y determinación económica, reconocer el valor del bien jurídico vida, era una cuestión de orden público. En cuanto a la demanda de *wrongful birth*, para rechazarla, se apoyaron los jueces estadounidenses en la dificultad de medir el daño, debido a lo indeterminado de los beneficios de la paternidad.

que, si se hubiera dado una praxis médica correcta, el nacimiento no se habría producido. En síntesis, la Corte agregó que el nacimiento de un niño no siempre es un “evento bendito”. El matrimonio demanda en este caso al ginecólogo que le practicó a la mujer una ligadura de trompas de Falopio, pero sin éxito. Además de este último hijo, la señora Custodio tenía nueve hijos más. El Tribunal admite las pretensiones de la demanda de “los Custodio” y les otorgó una cuantiosa indemnización.

### **1.2. Gran Bretaña**

En el caso de UK, tanto las demandas como las sentencias, son mucho menos numerosas que en EE.UU., aunque el aborto es permitido de la misma manera como derecho de la gestante<sup>67</sup>. Cuando comienzan a plantearse en Reino Unido demandas de este tipo, en Estados Unidos ya tenían una enorme experiencia en resolver casos similares.

En lo que a las acciones de *wrongful birth* se refiere, no se han planteado casos que entren a analizarlas. En cuanto a las *wrongful life actions*, siguiendo el ejemplo de su compañero de *Common law*, (EE.UU., dónde la mayor parte de las demandas de este tipo han sido desestimadas), en el Reino Unido, no se admite la indemnización del hijo que *iure proprio*, reclama la vida como un daño. Según la *Congenital Act 1976*, el hijo únicamente podrá reclamar una indemnización cuando sus malformaciones o discapacidades hayan sido causadas directamente por la negligencia del médico, pero no cuando dicha negligencia consista en no detectar una anomalía preexistente, coartando a la progenitora ejercitar la facultad de abortar.

### **1.3. Italia**

El caso italiano es aún más peculiar que los ya descritos, ya que su normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>68</sup>, a pesar de que acomete una diferenciación entre el aborto practicado durante los primeros tres meses de gestación y el que se practica en el resto de semanas a partir de dicho plazo, no parece que se reconozca la posibilidad de llevar a cabo un aborto embriopático puro, sino que lo condiciona a la puesta en peligro de la vida o de la salud física o psíquica de la gestante<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> La *Abortion Act* de 1967, permite el aborto en determinados supuestos de riesgos para la madre o el hijo.

<sup>68</sup> Legge n° 194, de 22 de mayo de 1978.

<sup>69</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *op. cit.*, pág. 132.

Sin embargo, lo cierto es que sí que se han planteado demandas en tribunales italianos por *wrongful birth*, e incluso por *wrongful life*, basadas en errores en la información sobre el estado de salud del feto o del embrión. El fundamento para reconocer la indemnización se sustenta en una hipotética lesión de la libertad de autodeterminación de la embarazada.

#### **1.4. Alemania**

De la misma manera que ha ocurrido en el caso inglés, en el país bávaro el interés se ha centrado, sobre todo, en los supuestos de *wrongful conception*, también llamados *wrongful pregnancy*. Ello ha dado lugar a un acalorado debate sobre la pertinencia de la indemnización derivada del nacimiento de un hijo no deseado. En Alemania, los pronunciamientos de los tribunales en lo referido a estas acciones, nacen en el año 1980, de la mano del reconocimiento legislativo de la facultad de abortar.

Así como las *wrongful birth* y, por supuesto, las mencionadas *wrongful conception*, han logrado una mayor permeabilidad en los juzgados, siguiendo la tendencia marcada en otros países, tampoco terminan de admitir la pertinencia de las *wrongful life actions*.

#### **1.5. Portugal**

Nuestro país vecino también sigue la tónica marcada por el Derecho comparado, rechazando, prácticamente de manera tajante, la admisibilidad de las demandas de *wrongful life*. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 2001, el Tribunal Supremo del país luso, rechaza indemnizar al actor, en el caso de una acción interpuesta exclusivamente en nombre y representación de un niño nacido con graves deformidades, argumentando que el médico “no lesionó ningún Derecho del hijo”.

#### **1.6. Francia. El caso *Arrêt Perruche* y sus consecuencias**

Junto al caso estadounidense, la situación francesa deviene especialmente interesante, y si cabe, aún más. En el país galo, tras la gran controversia surgida por el caso *Arrêt Perruche*, se introdujo la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

Sin ningún lugar a dudas, Francia es el país europeo dónde el debate ha adquirido mayor trascendencia y relevancia. Los problemas llegaron tras la publicación de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000, más conocida como *Arrêt Perruche*. La sentencia resuelve el caso de unos padres que habían ejercitado una demanda de indemnización por daños y perjuicios, en su nombre y en nombre y

representación también de su hijo, que nació con anomalías varias bastante graves. Es decir, concurrían en ese supuesto las dos demandas objeto de este trabajo, de la misma manera que ocurrió en nuestro país, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, ya comentada.

La *Cour d'Appel* de París determinó que la negligencia del médico dio lugar a un error de diagnóstico. Por ello, se decide indemnizar en esta instancia a la madre, rechazando así mismo, la demanda en nombre del hijo. En casación, la *Cour de cassation* revoca la anterior sentencia y reconoce que la negligencia médica impidió a la madre decidir sobre interrumpir o no su embarazo, concediendo al hijo que sufrió el daño, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Es en este sentido, importante destacar también que esta *Cour de cassation* reiteró este precedente en tres *arrêts*, dictados el 28 de noviembre de 2002. Sin embargo, posteriormente a esta fecha, algunos tribunales franceses de apelación se negaron a aplicar tal jurisprudencia.

Debido al profundo debate suscitado por dicho pronunciamiento, tanto en los medios de comunicación como entre la población, el legislador se vio obligado a intervenir<sup>70</sup>. Se incorpora así un artículo en la *Loi n° 2002-303 du 4 de mars*, citada más arriba. Se excluye de esta manera tajantemente la viabilidad de las demandas de *wrongful life* y se limitan las reclamaciones de los padres en los supuestos de demandas de *wrongful birth*.

## **2. LA SITUACIÓN ESPAÑOLA**

En comparación con otros países, la importancia y el interés que han suscitado estas demandas en España, es mucho más reciente, pues como ya se ha señalado, en la práctica, no aparecen hasta el 6 de junio de 1997, momento en el cual llega el primer caso al Tribunal Supremo.

Hasta dicha fecha, únicamente se habían planteado demandas ante la jurisdicción civil de las llamadas *wrongful conception*, dándose el primer pronunciamiento del Supremo al respecto el 25 de abril de 1994. Por tanto, el interés comienza a crecer a partir de 1997. Sin embargo, tal y como señala MACÍA MORILLO, el estudio de estas

---

<sup>70</sup> MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*. A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, Revista Práctica de Derecho de Daños, n° 16-mayo 2004, pág. 18 *in fine*.

acciones, aún hoy, no ha alcanzado la relevancia ni el desarrollo que si se ha producido en el resto de los ordenamientos mencionados<sup>71</sup>.

Como también se ha reseñado, la opinión mayoritaria dentro de la doctrina española, se inclina por la admisión de las acciones de *wrongful birth*. Sin embargo, en lo relativo a la *wrongful life action*, las tesis se tornan contrarias, rechazando, casi por unanimidad, la virtualidad práctica de tales demandas y su acogimiento en nuestro Derecho positivo. Por ello, no es aventurado destacar que el valor-vida parece claramente asentado.

Como analizaremos en el cuarto y último capítulo, dónde la discrepancia y la controversia están servidas es en lo referente a las partidas indemnizables, en relación al daño moral y al daño patrimonial sufrido por las víctimas de los daños.

Destacar por último que la jurisprudencia, además de poco abundante en la materia, se torna, como se analizó más arriba, bastante contradictoria.

### **3. ARGUMENTOS EXTRAJURÍDICOS A FAVOR O EN CONTRA DE ESTAS ACCIONES**

En su tesis doctoral, MACÍA MORILLO ha analizado este aspecto en profundidad, por ello la tendremos como referente a la hora de la redacción de las líneas de este epígrafe<sup>72</sup>.

De la misma manera que destaca esta autora, la relación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, con cuestiones éticas, morales o ideológicas es más que notable. Por esta razón, cuando entramos a analizar y valorar los casos, tendemos a sesgar nuestra opinión, dejándonos llevar por estos condicionamientos, dejando en cierta medida de lado lo que es fundamental, la perspectiva jurídica. Sin embargo, como afirma WINTER, ahí donde la Ley se impone, la propia ideología debe someterse<sup>73</sup>. Por consiguiente, señalar que aunque parezca obvio e incluso manido, el juez, a la hora de aplicar el Derecho y decidir en consecuencia, debe despegarse de todas sus etiquetas, prejuicios y estereotipos y ceñirse a lo que los dictados de la ley establecen, teniendo en

---

<sup>71</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005, op, cit., pág. 140.

<sup>72</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005, págs. 96 y ss.

<sup>73</sup> WINTER, T., “Bébé préjudice” und “Kind als Schaden”. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Haftung für neues Leben im Deutschland und Frankreich, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.



cuenta los pronunciamientos anteriores y presente, en modo alguno, la reiterada y consolidada doctrina.

Si bien, aunque así debe ser en teoría, buena parte de los argumentos esgrimidos por jueces y abogados para negar o afirmar responsabilidad, no son estrictamente jurídicos sino más cercanos al plano político-legislativo, lo que encierra una ideología bajo la apariencia de un razonamiento jurídico.

### **3.1. Argumentos extrajurídicos a favor**

La necesidad de reparación del daño se presenta como una de las bazas fuertes a la hora de justificar la operancia de estas acciones. La desigualdad de trato en los pronunciamientos del TS ha venido motivada por la mala construcción jurídica de los alegatos por parte de los letrados, no tanto por la gravedad del daño ni los hechos en sí. No parece justo que unos progenitores que merezcan menos resarcir su daño encuentren un mayor consuelo en los veredictos por el mero hecho de haber construido mejor su defensa por parte de sus abogados.

También es bastante incoherente aplicar un tratamiento diferenciado a las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*. Ambas demandas se sustentan en idénticas cuestiones, tanto jurídicas como extrajurídicas. Lo único diferente es quién interpone la acción, si el niño aquejado de las malformaciones o deficiencias, o sus progenitores. Además, tal y como se demuestra en la jurisprudencia española, ambas acciones suelen superponerse cuando aparece una *wrongful life action*, esto es, cuando los padres interponen una acción en nombre y representación de su hijo, también lo hacen en su nombre; no así cuando solo se da la demanda de *wrongful birth*, que a veces se plantea sola, sin que tenga que concurrir necesariamente la de *wrongful life*.

### **3.2. Argumentos extrajurídicos en contra**

Uno de los argumentos más recurrentes dentro de la doctrina para descartar la admisibilidad de estas acciones es el riesgo de que puedan encubrir una posible eugenesia. Aunque discutible, en cierta medida, la concesión de indemnizaciones derivadas del nacimiento de un niño con malformaciones o discapacidades, conlleva cierto desprecio hacia los discapacitados, que puede tener reminiscencias a teorías tan extremistas y despreciables como las hitlerianas o fascistas, en relación a la pureza de la raza. Ello es muy peligroso, y es un tema que impone tanto que incluso nos da cierto

respeto hablar o escribir sobre ello. Se trata de un razonamiento de los que antes catalogábamos como puramente ideológicos. Ello no sólo se suscita en este tipo de acciones, sino también ocurrieron cuando la última ley del aborto se encontraba en fase de redacción y promulgación, antes de su entrada en vigor.

Aunque encontramos escritos por los diversos autores que han estudiado la materia muchos más argumentos en contra que a favor de estas demandas, únicamente añadiremos un argumento más en contra. De este modo, ambas posiciones estarán en igualdad y no condicionaremos ninguna de las dos posturas.

Pues bien, como segundo y último argumento, aportar el que se encuentra relacionado con la posible causación de un trauma al niño, lesionando además su dignidad como persona. Nos referimos a la posibilidad de que, cierto día, el niño, que a pesar de ser presa de graves anomalías físicas o psíquicas es consciente de todo, se entere de que tiempo atrás sus padres recibieron una indemnización por causa de su nacimiento, lo que de algún modo le haría sentir como un hijo no deseado. El impacto psicológico, *a priori*, se torna importante e irreversible. Este es un argumento de peso, sin embargo, ha de precisarse también que la existencia de este trauma es una mera hipótesis, es una posibilidad pero son sencillamente elucubraciones. Es de los cuatro señalados, el menos real de todos, pues se basa casi por completo, en la pura especulación.

## **CUARTA PARTE: LA REPARACIÓN DEL DAÑO**

### **1. FUNCIÓN DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

La responsabilidad civil o el denominado Derecho de daños, en su fin último y principal, busca la reparación del daño causado y, actualmente, la mejor forma de llevar a cabo dicho resarcimiento es por medio de una indemnización económica.

Con la reparación del daño se pretende que el agraviado quede en una situación jurídica idéntica a la que ostentaba antes de haber sufrido dicho daño. Por medio del dinero, puede resarcirse el aspecto patrimonial, pero el anímico y el personal, quedarán muy tocados, aún después de haber alcanzado la esperada y encontrada justicia.

El dañado, adquiere de alguna manera un verdadero derecho de crédito, a ejercer contra el que resulte responsable, y quedará así jurídicamente facultado para exigirle a este último una determinada prestación.

### **2. PRINCIPALES VÍAS Y FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO**

La reparación del daño causado puede conseguirlo la víctima tomando una de las dos vías siguientes:

En primer lugar mediante un mero acuerdo o convenio entre él mismo y el causante del daño (profesional/es sanitario/s o, en su caso, la aseguradora correspondiente). Este primer camino es más utilizado en la práctica de lo que pueda parecer. Se presenta además, al menos a primera vista, como conveniente para los intereses de ambas partes. Se evitará así un costoso y seguramente dilatado procedimiento en los tribunales. Tal transacción, tendrá para las partes, fuerza de cosa juzgada ex art. 1816 CC.

La segunda de las vías, pensada para casos en los que el acuerdo no funcione o resulte imposible, es, por supuesto, la vía judicial.

Existen también, como manifiesta OSSORIO SERRANO<sup>74</sup>, dos alternativas en cuanto a las formas de reparación, es decir, referidas a la efectiva u oportuna reparación de los perjuicios ocasionados:

Por una parte, encontramos la forma en la que seguramente pensaba el legislador español cuando se procedió a la redacción del Código Civil español. No es otra que la denominada “reparación *in natura* o en forma específica. En la medida en que en el

---

<sup>74</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

asunto en cuestión sea posible, se preferirá siempre esta forma a un posible resarcimiento económico (segunda forma a la que a continuación nos referiremos. Sin embargo, dadas las características del daño que encontramos en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, difícilmente podremos acudir a esta forma de reparación. No hay manera de eliminar de modo material el estigma que les acompañará el resto de los días a las víctimas, tanto a los progenitores, como al desgraciado niño, que al fin y al cabo es el que peor parte se lleva. No se les puede devolver a su situación anterior. Es imposible, por lo que únicamente nos queda la segunda de las formas.

Por tanto, estando en presencia de acciones por nacimiento o por vida errónea, sólo nos quedará la opción de acudir a la “reparación por equivalente”, lo que da lugar a una indemnización de carácter económico. Este otro medio de reparación es mucho más versátil que el anterior, en el sentido en que se adapta a la perfección a todo tipo de daños. Consiste, como puede deducirse, en compensar económicamente a la víctima del daño cuando no sea factible una reparación *in natura*; en nuestras acciones, como se ha advertido, se dará en absolutamente todos los casos. Sin embargo, este tipo de reparación no está exenta de problemas. Estos se dan sobre todo en lo que se refiere a la problemática suscitada en relación a la efectiva valoración económica de los perjuicios causados. La cuantificación de la indemnización es complicada. Esta valoración corresponde a los Tribunales de Instancia (Juzgados de Primera Instancia o/y Audiencias Provinciales), ya que es una *quaestio facti* o cuestión de hecho, que no es susceptible de revisión casacional por el Supremo<sup>75</sup>. Estos tribunales cuantifican los daños de una manera totalmente arbitraria y discrecional, sin tener que someterse en modo alguno a unos criterios objetivos, tan sólo atendiendo a las pruebas que se hayan practicado a lo largo del procedimiento<sup>76</sup>. Debido a este problema, en determinados ámbitos como los daños extrapatrimoniales ocasionados con motivo del uso y circulación de vehículos a motor, el legislador ha fijado una especie de criterios o baremos para valorar de manera más objetiva los daños. De esta manera se evitarán posibles agravios comparativos. No obstante, recordar que en presencia de estas acciones, el daño indemnizable será siempre el que se refiere tanto a daños morales, como efectivamente patrimoniales.

---

<sup>75</sup> De este manera quedó consagrado en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 28 de junio 1996.

<sup>76</sup> STS (Sala 1ª), de 10 de febrero de 2006.

### 3. VÍAS PROCESALES DE RECLAMACIÓN Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

Existen diferentes jurisdicciones a las que la víctima puede acudir para reparar el daño:

1. Vía penal: Reservada para los casos, los menos, en los que el daño se haya ocasionado de forma dolosa o intencionada, estando la misma tipificada en el Código Penal. El juez penal también se haría cargo de la posible responsabilidad civil.
2. Vía civil: En casos en los que el daño sufrido se haya dado en la medicina privada.
3. Jurisdicción contencioso-administrativa: Para casos en los que los daños se hayan originado en el marco de la medicina pública<sup>77</sup>.
4. Jurisdicción laboral: Esta posibilidad ha sido recogida por SANTOS BRIZ<sup>78</sup>. La jurisdicción laboral, no podemos olvidar, que está embestida de competencia para resolver pleitos de seguridad social aunque, en lo que a la responsabilidad civil del médico se refiere, esta posibilidad no tiene demasiada cabida<sup>79</sup>.

### 4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1968.2º CC, la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones que deriven de culpa o negligencia de que se trata el art.1902 CC prescribe al cabo de un año, a contar desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño. Es decir, a partir del momento en que el interesado estuviera en condiciones físicas, psíquicas, o jurídicas de llevar a cabo la interposición de la demanda.

Este es el plazo general establecido en el Código Civil. Este precepto, como la inmensa mayoría de los que componen este cuerpo legal, ha sido interpretado y adaptado por doctrina y jurisprudencia. Así, la STS de 21 de noviembre de 1982, si nos encontrásemos ante un supuesto de daños duraderos, el comienzo del cómputo coincidirá con el momento en el que se produzca el daño definitivo, o sea, cuando pueda conocerse de manera cuantitativa, la totalidad del daño.

---

<sup>77</sup> En consonancia con los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) Ley 29/1988, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. La responsabilidad patrimonial correspondiente podrá reclamarse directamente a la Administración Pública en la que se encuentre enmarcado el centro hospitalario para el que trabaje el facultativo/s que causó el daño, según indica el art. 145.1 Ley 30/1992 RJAP-PAC (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Si se apreciase en este sentido delito o falta en la conducta del profesional sanitario, las Administraciones Públicas se erigirán responsables civiles subsidiarios (art. 121 CP).

<sup>78</sup> SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto 1984, España.

<sup>79</sup> Resulta ilustrativa a este respecto la STS de 20 de febrero de 1981, según la cual, los casos en los que la materia del asunto del que deben conocer los tribunales, no se encuentre fundamentada en normas materiales de seguridad social, serán resueltos por la jurisdicción civil o, en su caso, por la contencioso-administrativa.

## **5. EL SEGURO OBLIGATORIO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

El título IV de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, regula el ejercicio profesional de los servicios sanitarios, con el fin de garantizar la máxima calidad de sus prestaciones, provenga de dónde provenga su financiación.

El artículo 46, que se enmarca dentro del señalado título, obliga a los médicos de medicina privada a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, remitiéndose la redacción de tal precepto a la legislación autonómica, para que sea ésta la que determine las condiciones esenciales del aseguramiento.

Matizar de manera telegráfica que, en este sentido, y siguiendo la línea marcada por LLAMAS POMBO<sup>80</sup>, dos aspectos destacables: Primeramente, aunque en cierto modo parezca obvio, que este seguro no se refiere sólo a los médicos, sino a todos los profesionales que desarrollen su actividad en el ámbito sanitario. Un segundo matiz importante es señalar que esta obligación, queda circunscrita al ejercicio privado de actividades médico-sanitarias, pues el sector público ya se encuentra regulado independientemente<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, *Seguro obligatorio para la responsabilidad médica*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº17-junio 2004, págs. 3-5.

<sup>81</sup> Ley 30/1992 RJAP-PAC (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

## CONCLUSIONES

I. El tema relativo a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, objeto de este trabajo, trasciende de lo estrictamente jurídico. Responden a un trasfondo ético, ideológico y filosófico relacionado con el valor de la vida humana. El sistema jurídico español, en este sentido, se muestra diametralmente opuesto a la aceptabilidad de estas acciones, pues aún pesan en la concepción del valor vida en España, nuestras raíces cristianas. No en vano, es admitido por todos que los tres grandes pilares de la cultura europea se asientan sobre el Derecho Romano, la filosofía griega, y el Cristianismo. Olvidar nuestros principios sería como negar nuestra más profunda identidad como país.

II. Tal y como se ha destacado en el primero de los capítulos, en el tema que ha ocupado este trabajo, entran en disputa los derechos del paciente y los deberes médicos. Sin ánimo de ser exhaustivo, ni entrar en eventuales propuestas de *lege ferenda*, sería conveniente que se diera una tendencia armonizadora en la legislación comunitaria relativa a estos dos aspectos y a sus muy abundantes controversias. Una buena vía podría darse a través de recomendaciones del Consejo o de la Comisión de la Unión Europea. Ha quedado meridianamente claro que lo que marca el alcance de la responsabilidad es el incumplimiento de los deberes médicos contenidos en la *Lex artis ad hoc*. La otra cara de la moneda son los límites de los derechos de los pacientes ya que, como la mayoría de los derechos, no son absolutos. La solución a este choque de derechos-deberes no es precisamente sencilla. La polémica está servida. Por ello, los Tribunales y doctrina deberían arrojar luz al respecto, dado el acogimiento que en los últimos años están teniendo estas acciones por nacimiento erróneo (*wrongful birth action*), y por vida errónea (*wrongful life action*). Si de verdad algún día se produce la uniformidad jurisprudencial en lo relativo a los pronunciamientos derivados de estas demandas, debería comenzarse a legislar, tomando como referencia por ejemplo la Doctrina francesa del *Arrêt Perruche*. Sería importante a este respecto que se comenzaran a españolizar los términos para referirnos a estas acciones, sirviendo las expresiones de “demanda por nacimiento erróneo” (para la acción de *wrongful birth*), y “demanda por vida errónea”, para designar a la *wrongful life action*. Que aún sigan utilizándose estos anglicismos para designar tales acciones, representa lo poco que han cuajado las mismas en nuestro ordenamiento jurídico.

**III.** Una de las piedras que estas demandas encuentran en el camino de su resarcimiento por daños y perjuicios se encuentra en la prueba de la relación de causalidad, también llamado nexo causal. Ciertamente, es una gran traba, pues para que el médico o cualquier otro profesional sanitario responda por el perjuicio causado, es requisito esencial que sus actuaciones, han sido la verdadera causa de esos daños causados. Esta comprobación se antoja complicada, en el derecho de daños en general y en la responsabilidad civil del médico en particular. Además, podría decirse que dicha dificultad se ve aumentada en este tipo de acciones. Esta problemática ha sido puesta de manifiesto por numerosas voces de la doctrina.

**IV.** Los Tribunales españoles deberían tomar como inspiración, a la hora de fundamentar y resolver estas demandas, los pronunciamientos y las legislaciones que, como consecuencia de ello, se han ido dando en otros países. Sin ir más lejos, tenemos a uno de nuestros países vecinos como ejemplo. Francia es en este aspecto, junto con EE.UU., el parangón jurisprudencial y casi podría decirse que legislativo. Resulta llamativo que todo ello tuviera como origen en una simple sentencia, -comentada en el capítulo tercero de este trabajo (páginas 33 y siguientes)-. Nos referimos a la denominada Doctrina francesa del *Arrêt Perruche*. Recordemos que dicho caso llegó al tribunal de casación francés en el año 2000 y, tan sólo dos años después, sale a la luz la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. España necesita que se legisle en consecuencia, (al igual que hizo en su día el país galo), tomando como base todos los casos que han llegado al Tribunal Supremo. No parece lo más acertado seguir acudiendo al Derecho supletorio contenido en el Código Civil para resolver estas demandas.

**V.** Finalmente, en cuanto a lo tratado en la cuarta y última parte de este trabajo, relativa a la reparación del daño, matizar para ir cerrando estas conclusiones, que es sumamente práctico y positivo que no exista una única vía procesal de reclamación, pues la sede en la que se puede dar el origen de esta responsabilidad es diversa. Esta versatilidad para interponer la demanda en Tribunales españoles, pudiendo acudir a una u otra jurisdicción, se antoja como esencial y una de las principales ventajas que encuentra el resarcimiento del daño de las acciones por nacimiento erróneo (y por vida errónea) en España.



## **ANEXO 1- ÍNDICE SISTEMÁTICO DE LAS SENTENCIAS CITADAS**

### **SENTENCIAS de AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- SAP de Valencia, de 28 de noviembre de 1992.
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de enero de 2005.

### **SENTENCIAS del TRIBUNAL SUPREMO:**

- STS de 20 de febrero de 1981.
- STS de 21 de noviembre de 1982.
- STS de 13 de julio de 1987.
- STS de 12 de febrero de 1990.
- STS de 29 de junio de 1990.
- STS de 25 de abril de 1994.
- STS de 6 de junio de 1997.
- STS de 19 de febrero de 1998.
- STS de 4 de febrero de 1999.
- STS de 10 de noviembre de 1999.
- STS de 7 de junio de 2002.
- STS de 8 de mayo de 2003.
- STS de 18 de diciembre de 2003.
- STS de 21 de diciembre de 2005.
- STS de 10 de febrero de 2006.
- STS de 24 de octubre de 2008.
- STS de 11 de mayo de 2011.

### **SENTENCIAS del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 132/1989, de 18 de junio.
- STC 215/1994, de 14 de julio.

### **CASOS CITADOS CORRESPONDIENTES A SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES:**

- Gleitman Vs. Cosgrove.*
- Roc Vs. Wade.*

-*Zepeda Vs. Zepeda.*

-*Christensen Vs. Thornby.*

-*Custodio Vs. Bauer.*

#### SENTENCIAS DE TRIBUNALES FRANCESES:

-Sentencia de la *Cour de Casation* de 17 de noviembre de 2000, más conocida como el caso del *Arrêt Perruche*.

#### SENTENCIAS DE TRIBUNALES PORTUGUESES:

-Sentencia del Tribunal Supremo portugués de 19 de junio de 2001.

## **ANEXO 2- ÍNDICE DE LEGISLACIÓN UTILIZADA**

### **Normativa Española:**

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil de 1889.
- Ley Orgánica 2 /2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica de Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, de 5 de mayo de 1987.
- Ley general de Sanidad.

### **Lex Artis y Lex Artis ad hoc:**

- Código Ético de la Asociación Mundial Médica.
- Código Internacional de Núremberg (1947).
- Declaración del Comité Permanente de Médicos de la CEE de 1967
- Declaración de Sidney (1968).
- Declaración de Oslo (1970).

### **Normas Extranjeras:**

- *Abortion Act 1987* (Gran Bretaña).
- *Legge n° 194, de 22 de mayo de 1978* (Italia).
- *Loi n° 2002-303, du 4 de mars relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (Francia).

## **BIBLIOGRAFÍA (Por orden de aparición en el trabajo)**

- MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías 363, Valencia, 2005.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Lecciones de Derecho de Daño*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia la responsabilidad civil médica)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 722, versión on line.
- ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful birth y wrongful life*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 49-mayo 2004.
- JUSTINIANO, Instituta, Libro I, 1, 3.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.
- BELLO JANEIRO, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Reus, Madrid, 2009.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 3-marzo 2003.
- TORAL LARA, Estrella, Cap. *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*, relativo a la obra *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.
- MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 16-mayo 2004.
- OPPO, Giorgio, *L'inizio della vita umana*, Rass. Dir. Civ., 1982.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad*, Parte I, Revista Der. Gen. H., nº 4-1996.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en la obra *La filiación a finales del s. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- MACÍA MORILLO, Andrea, *Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª), de 24 de octubre de 2008*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 18-2008.
- MAZZILLI, Elisabetta, *La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del TS: Dudas y cuestiones abiertas*, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10/2012, versión *on line*.
- BERCOVITZ, A., CCJC, 50/1999.
- ADOLF KAUF / WILHEM UHLEMBRUCK, *Handbuck des Arztrecht*, München, Beck, 1999.
- Andrés DE LA OLIVA SANTOS / Ignacio DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- CARRASCO PERERAN, *Artículo 1105*, en *Comentarios Código Civil y compilaciones forales*, T. XV, vol. 1º, dirigido por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1989.
- GÓMEZ CALLE, *Voz “caso fortuito (Derecho Civil)”*, en EJB, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Gema, *La imposibilidad, un supuesto más de responsabilidad civil*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-168, tomo 3, versión *on line*.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), de 25 de Enero de 2005*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 32, sección editorial, noviembre 2005, versión *on line*.
- Graciela MEDINA y Carolina WINOGRAD, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa*, Revista de Responsabilidad civil y seguros, La Ley, Buenos Aires (Argentina), octubre de 2001.

- WINTER, T., *“Bébé préjudice” und “Kind als Schaden”. Eine rechtsvergleichende Untersuthung zum Haftung für neues Leben im Deutschland und Frankreich*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto 1984, España.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Seguro obligatorio para la responsabilidad médica*, Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 17-junio 2004.